

# 再论形式推理

郑仁杰

(厦门大学法学院,福建 厦门 361005)

**摘要:**形式推理作为法律推理的理论在世界法制史尤其在成文法国家当中具有光辉的历史地位。但近年来,随着疑案案件增多,如何更好实现个案正义,学界和实务界主张运用价值判断等其他实质推理的方法,形式推理在被猛烈批驳的同时,渐渐被我国法治进程所抛弃。旨在重新介绍形式推理的概念,对于形式推理从理论和实证两个角度进行分析,以强调形式推理在我国目前仍应起到重要的作用。

**关键词:**形式推理;三段论;许霆案

**中图分类号:**D9

**文献标识码:**A

**文章编号:**1672-3198(2010)08-0197-02

## 1 形式推理的概念明晰

博登海默使用了“分析推理”一术语,意指解决法律问题时所运用的演绎方法、归纳方法和类推方法。分析推理的特征乃是法院可以获得表现为某一规则或原则的前提,尽管该规则或原则的含义和适用范围并不是在所有情形下都是确定无疑的,而且调查事实的复杂过程必须先于该规则的适用。

在我国,司法活动中的形式推理主要是演绎推理,即著名的三段论推理。演绎推理的大前提是有可疑适用的法律规则和法律原则;小前提是经过认定的案件事实;结论体现在具有法律效力的针对个别行为的非规范性法律文件中,即判决或裁定。

## 2 形式推理的理论争鸣

### 2.1 法律推理的历史沿革

形式法律推理是资本主义制度确立后的第一种法律推理理论。这一理论以英国法学家J. 奥斯丁开创的分析法学为代表,其主要特点是:第一,以法治为基础,第一次确立了作为制度心态的法律推理的自主性。第二,在法律推理标准上,法律推理要求使用内容明确、固定的规则,追求形式正义和正当性。它把一致的使用普遍的规则看做是正义的基石,并认为只有独立于相互冲突的价值观而选择的标准或原则,其推理结论才具有真正的有效性。第三,在推理方法上以逻辑推理为主导形式。这种观点认为,一切法律问题都可以通过应用明确的、不变的规则而作出决定,因此,一切法律问题的答案都在人们的意料之中,唯一可用的法律推理方法就是逻辑的演绎三段论。

然而以弗兰克和霍姆斯为代表的现实主义法学派拿起经验为武器对形式主义推理理论进行了全面批判,霍姆斯大法官的格言“法律的生命不在于逻辑而在于经验”成为这一理论最鲜明的旗帜。该理论认为,所谓的法律就是法官的行为和对法官行为的预测。法官的个性、政治因素或各种偏见对判决的影响比法律要大。现实主义法学派强调的法律只存在具体的判决之中,根本不存在法律推理所必须遵守的标准的思想。

到了新实用主义法学派,波斯纳对法律推理的“实践理性”的解释更被人们所熟悉,波斯纳充分肯定了演绎推理的三段论推理对于维护法律的确定性和法治原则所起的重要作用,然而波斯纳认为形式主义的推理方法只有在简单案件中才起作用,对于疑难案件和一些涉及伦理问题的案件,逻辑推理的作用是极为有限的。在对立的主张中哪

一个是正确的,这一问题需要实践理性的方法来承担。实践理性是人们用以作出实际选择或者伦理的选择而采用的方法。它包括一定行为的正当化论证和相对于一定目的最佳手段的确定,其中起决定作用的因素是经验智慧。

之后以哈特、拉兹、麦考密克为代表的新分析法学派再次兴起,哈特认为虽然语言所表达的法律规则具有明确性和模糊性的双重特点,并且,语言本身的含义随同在不同的中会有不同的理解,但在确定的语境中会有相同的理解,那么,人们就有必要遵循这些规则,而不是以法律规则的模糊性为借口规避法律的要求。拉兹认为“法官的自由裁量权普遍存在着,在不存在着适用任何法律规则的义务的情况下,法官的行为是不可捉摸的,将会导致极端的不确定性和不可预测性,法律将成为一种绝对的自由裁量系统。”麦考密克将法律推理分成两个层次:第一层次的法律推理,即演绎推理;第二层次的法律推理,即实践理性的推理。

### 2.2 被抛弃的“三段论”

在关于法律的实质推理研究中,三段论式的法律推理备受关注,但多数是批判之声。这其中包含着对形式逻辑的轻蔑,即使是被称为法律论证的研究,形式逻辑所强调的论证方式也基本被抛到一边,人们都忙着在形式法律之外探寻法律。三段论一直是批评的靶子。但批来批去,遂形成了一种轻形式逻辑的思潮。

笔者认为即使演绎推理存在缺陷,但抛弃形式推理的观念是极其有害的:

首先,坚持形式推理是法治社会的必然要求。陈金钊教授说过:“在中国语境下,我们的法治刚刚起步,人们对法治的信念还没完全树立起来,这时候采取挖祖坟的研究方式,对中国的法治进程是有害无益的。我们的想法是严格法治而不是放纵‘活’法横行,不是丢掉基本的法律思维方式去搞范式转换,而是把严格法治当成主旋律,把‘活’法当成严格法治的特例来处理,即在一般情况下反对过度解释,多数情形下应用推理而不是本体论的诠释。试想,法官的判断行为如果不是取决于推理,而是取决于各自的‘自由选择’,那么我们在哪里还能看到法治的影子。”

其次,形式推理是法律推理最基本的形式。形式推理从推理形式上保证了法律推理的有效性,它是人们从众多的思维现象中总结出普遍适用性的思维形式,具有无可比拟的说服力,法律推理也不例外,否则,就有可能违背逻辑思维规律,而思维形式的错误必然会导致整个法律推理的无效,即使是霍姆斯也相信在多数案件中可以用简单的演

作者简介:郑仁杰(1988-),男,厦门大学法学院2009级经济法学研究生。

绎推理对案件做出裁决,法律思维离不开形式逻辑作为思维的基础。麦考密克直言某种形式的演绎推理是法律推理的核心所在。形式推理,尤其是“三段论”作为法律推理的基石,一旦被我们抛弃,我们能否像极端的现实主义法学那样去实践,或像部分法社会学学者那样去构建无需法律的秩序,或像自然法学那样把希望都寄托给“自然”的正义?

再次,形式推理能满足人们对法律推理明确性、必然性和一致性的要求。法律的规范作用在于人们能够根据法律规定对自己的行为可能导致的法律效果作出明确的预测,并指导自己的行为,人们对法律的信仰基础之一是同样的案件有同样的判决,即判决的一致性。霍姆斯提出的“预测理论(坏人理论)”,强调了认识法律“一定要从一个坏人的角度来看法律,……因为坏人只关心他所掌握的法律知识能使他预见的实质性后果……。”笔者认为尽管霍姆斯强烈地批判了形式推理,但从“预测理论”看来,一个“坏人”如果不是通过认识法律,并且参照自己的行为,又如何能得出行为的后果呢?

最后,形式推理有助于保证执法公正。形式逻辑是作为平等、公正执法的重要工具而起作用,它能够很大程度上避免法官擅断。心理学研究表明,人们往往是从一个模糊地形成的结论出发,然后试图找到将证明这一结论的前提。实际的法律推理过程可能不是按照证成、法律寻找、解释、规则适用、评价、阐述这样的思维路线运行的,而可能是从结论到前提的反向运动。法官与律师不同,法官应遵循从前提到结论的推理活动规律,从规则出发,将它们适用于事实,从而得出结论。

形式推理,具体到三段论作为一种常用的逻辑思维方式并不存在着对与错的问题。在法律思维活动中,由三段论运用所练成的思维形式只是思维的工具。从推理的有效性来说,形式推理保证了推理的形式有效性,形式有效为推理结果有效提供了必要的条件。

### 3 是非功过——形式推理的实证分析

#### 3.1 成也萧何——形式推理维护司法判决

2008年的许霆案引发了法学界的一场大争论。在许霆案两次判决前后,从专家到民众进行了激烈得辩论。许霆案中的法律推理如下:

推理一:大前提——法律规则:凡是以非法占有为目的,秘密窃取公私财物,数额较大,或者多次盗窃公私财物的行为就是盗窃罪

小前提——法律事实:许霆以非法占有为目的,秘密窃取了公私财物,数额较大;

结论一:判决结果:许霆犯了盗窃罪。

推理二:大前提:“盗窃金融机构”是指盗窃金融机构的经营资金、有价证券和客户的资金

小前提:ATM机中的款项是金融机构的经营资金

结论:许霆犯了金融盗窃罪。

推理三:大前提:凡是盗窃金融机构,数额特别巨大的,处无期徒刑或者死刑

小前提:许霆盗窃金融机构的ATM机,数额特别巨大

结论:许霆应当被判处无期徒刑或者死刑。

重新审理,多出了推理四。

推理四:大前提:犯罪分子虽然不具有本法规定的减轻处罚情节,但是根据案件的特殊情况,经最高人民法院核

准,也可以在法定刑以下判处刑罚。

小前提:许霆案存在特殊情况,银行明显存在过错且违法程度和责任程度较轻,

结论:经最高人民法院核准,也可以在法定刑以下判处刑罚

在两次审理中,法官均严格遵循了演绎三段论这一证明式推理与论证的模式。无论我们赞扬其坚持法治的原则,或贬斥其明哲保身和机械法治,我们都不得不承认,这种行为的确满足了一种严格限制于法律体制内部进行论证的基本要求。笔者认为许霆案最终以盗窃罪,判处5年有期徒刑并非仅仅是无期徒刑和无罪的妥协,其得到相对多数民众认可和许霆本人的服从应该归功于演绎推理三段论的严格论证。

#### 3.2 败也萧何——形式推理留下了法学界的迷失

许霆案爆发一开始就被定义为“一场谁也说服不了谁的争论”。在同一刑法的框架下,面对无可争议的事实,进行的演绎推理为何能有如此大的争议。形式推理是推理有效性的必要条件,但并非推理有效的充分条件。形式推理存在着自身固有的缺陷,具体到许霆案而言,即由于法律的不确定性,造成这个的原因诸如(1)语言自身的不确定性;(2)法律本身概括性所产生的模糊、间隙和隔阂;(3)法律的滞后性等。

为何推理四一开始并未出现,形式推理并没有给出答案。法定刑以下量刑是属于最高人民法院的权力。这项权力也未被轻易开启。对于不属于自己的权力,基层法院法官选择了“忽视”,他们倾向于在自己的权力内推理,因为这是最为安全的策略。正义如同一张普罗透斯的脸,因为个案变化无常。严谨形式推理无法将其刻画定型。悲观地讲,下级法院法官的最优且通常的决策只能是预测并实现上级法院法官的正义。

### 4 结语

形式推理,尤其是三段论本身对于我国法治进程起到了不可忽视的作用,但从形式推理基于这种认定制定法律完整无缺、法律和事实严格对应,法官如同“自动售货机”的法治观念,来看不过是一种幻想,一种“法律神话”。加之形式推理本身始终无法解决前提的真实性这一困扰。固然形式推理仍然有着诸多的缺陷,在疑难案件中,如何在法治统一和个案正义中实现平衡,我们需要实质推理。但有了缺陷并不意味着全盘否定,坚持形式推理的地位不动摇,对于我国这一成文法国家仍然有着承前启后的历史作用。

### 参考文献

- [1] [美] E. 博登海默著,邓正来译. 法理学法律哲学与法律方法[M]. 北京:中国政法大学出版社,1998.
- [2] 张传新. 论法律推理[J]. 法律方法(第一卷),2002.
- [3] 李桂林,徐爱国. 分析实证主义法学[M]. 武汉:武汉大学出版社,2000.
- [4] 陈金钊. 推理与解释:寓于其中的法律思维[J]. 政法论丛,2005,(06).
- [5] 陈金钊. 法律思维的逻辑基础[J]. 北京行政学院学报,2005,(04).
- [6] 历尽国. 疑难案件中的法律推理与司法论证——基于许霆案的分析[J]. 法律方法(第八卷),2009.